Análisis de la constitucionalidad de la nueva ley anti-ONG aprobada por el Congreso

INFORME JURÍDICO

Juan Carlos Ruiz Molleda

Marzo de 2025

Instituto de
Defensa Legal

Análisis de la constitucionalidad de la nueva ley anti-ONG aprobada por el Congreso

Autor
Juan Carlos Ruiz Molleda

Edición y diseño
Alexis Gabriel Revollé Tercero

Coordinación
Área de Justicia Constitucional y Pueblos Indígenas del IDL

Instituto de Defensa Legal (IDL)
Los Naranjos 323, San Isidro
Lima, Perú
www.idl.org.pe
Marzo de 2025

Este documento está protegido bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). Más información en https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

Análisis de la constitucionalidad de la nueva ley anti-ONG aprobada por el Congreso

Juan Carlos Ruiz Molleda

El 12 de marzo de 2025, el Pleno del Congreso aprobó un nuevo texto de ley anti-ONG (en adelante, autógrafa), que, a diferencia del texto anterior, introduce cambios que afectan de manera grave el trabajo que vienen realizando las ONG de derechos humanos, las plataformas del periodismo independiente y las organizaciones indígenas que tienen forma jurídica de asociación civil.

El problema es que, con el pretexto de mejorar la transparencia y fiscalización de las ONG, aspecto con el cual estamos plenamente de acuerdo, la autógrafa consagra un modelo de intervención y de fiscalización cuyo verdadero objetivo es que el Gobierno, a través de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI), someta y tome control del trabajo de las ONG de derechos humanos, que le vienen cuestionando y fiscalizando, afectando en el fondo gravemente la independencia de la sociedad civil.

A continuación, un análisis de la inconstitucionalidad del proyecto aprobado por el Congreso.

1. ¿Las ONG son fiscalizadas en el Perú?

Debemos comenzar por saludar toda iniciativa, por parte del Estado, destinada a la fiscalización y la transparencia de las ONG. No obstante, se olvida que las ONG ya son fiscalizadas por diferentes entes especialmente públicos, pero también privados.

En el caso del Instituto de Defensa Legal (IDL), nos fiscalizan las propias financieras que nos otorgan los fondos, vengan de fondos privados o públicos. Ellas mismos contratan auditorías para asegurarse de que estamos haciendo un buen uso de sus recursos. Pero, además, nos fiscaliza la Superintendencia de Banca y Seguros para prevenir lavados de activos, nos fiscaliza SUNAFIL del Ministerio de Trabajo, nos fiscaliza APCI, nos fiscaliza Defensa Civil, nos fiscaliza SUNAT, nos fiscaliza la Municipalidad de San Isidro (donde se ubican nuestras oficinas), nos fiscaliza la prensa y hasta el Ministerio Público.

En ese sentido, podemos afirmar que la verdadera razón del Congreso para impulsar una ley contra las ONG es otra. Es porque somos incómodos al poder político y a la mafia que nos gobierna. Este proyecto solo busca acabar con las ONG que los fiscalizan.

2. Toda ley del Congreso que viola o amenaza derechos fundamentales debe declararse nula

De conformidad con el último párrafo del artículo 31 de la Constitución y del artículo 10.1 de la Ley 27444, que aprobó la Ley del Procedimiento Administrativo General, se debe declarar la nulidad de toda ley que viole derechos fundamentales.

> *"Artículo 31.-*
> *[...]*
> ***Es nulo y punible** todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos" (Resaltado nuestro).*
>
> *Artículo 10.- **Causales de nulidad***
> *Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*
> *1.- **La contravención a la Constitución**, a las leyes o a las normas reglamentarias" (Resaltado nuestro).*

Como puede advertirse muy bien, los derechos fundamentales son criterios de validez material de toda decisión que afecte los derechos humanos. Es decir, la sanción jurídica que el ordenamiento establece es la nulidad.

3. La autógrafa aprobada viola el principio de interdicción de la arbitrariedad al carecer de fundamentación

En primer lugar, se viola el principio de interdicción a la arbitrariedad y la obligación de motivación de las decisiones del Gobierno, reconocida en la STC N.º 00090-2004-AA, toda vez que el Congreso no ha motivado este proyecto. El Congreso tiene discrecionalidad para aprobar proyectos, pero si no se fundamenta, esta deviene en arbitrariedad. Si uno mira el proyecto aprobado en la plataforma del, advertirá que este proyecto no tiene motivación. Y se nos dirá que la versión anterior tenía una fundamentación.

Sin embargo, debemos responder que la versión nueva, que no tiene fundamento, no tiene reglas como la contenida en el artículo 21 modificado,

que dice que será un supuesto de infracción muy grave defender casos judiciales a nivel nacional e internacional contra el Estado peruano. Al carecer de esta fundamentación, este proyecto deviene en arbitrario.

El Tribunal Constitucional (TC), citando a Tomas Ramon Fernández, ha dicho que no basta que el Estado decida con discrecionalidad "porque sí". Tiene que dar razones. De lo contrario, incurre en un supuesto de arbitrariedad.

> *"La administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato y el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el porqué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto"*
> *(STC N.º 00090-2004-AA, f. j. 12) (Resaltado nuestro).*

4. Artículo 21.c.2 de la Ley APCI, modificado por la autógrafa, viola el derecho de acceso a la justicia de la población de escasos recursos al prohibir a las ONG defenderla

Se viola el derecho de acceso a la justicia, reconocido implícitamente en el artículo 139.3 de la Constitución, cuando se reconoce el derecho a la tutela judicial, y reconocido de forma expresa en el artículo 9 en el Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley 31307, cuando se prohíbe a las ONG defender legalmente contra el Estado, toda vez que la población de escasos recursos no tendrá cómo pagar una defensa legal técnica. El artículo 21.c.2 de la ley APCI modificada por la autógrafa precisa:

> *"Artículo 21.- Determinación de las infracciones Constituyen infracciones que comenten las entidades que gestionan cooperación técnica internacional las siguientes:*
> *[…]*
> *c. Infracciones muy graves*
> *[…]*

2.- Hacer uso indebido de los recursos y donaciones de la cooperación técnica internacional o aplicar los mismos a fines distintos para los cuales fueron previstos. Entre otros, constituye uso indebido, utilizar los citados recursos para asesorar, asistir o financiar, de cualquier forma, o modalidad, acciones administrativas, judiciales o de otra naturaleza, en instancias nacionales o internacionales, contra el Estado Peruano" (Resaltado nuestro).

Es importante comprender que la falta de abogados para la población de escasos recursos afecta el derecho de acceso a la justicia de la población rural. Para nadie es un secreto que las comunidades nativas, campesinas y la población rural no puede acceder al sistema de justicia por la existencia de barreras de acceso. Barreras geográficas (los jueces están en las capitales), barreras culturales (los jueces no entienden las otras culturas), barreras lingüísticas (los jueces no entienden los otros idiomas). Sin embargo, la principal barrera es la económica, pues se trata de poblaciones pobres que carecen de recursos económicos necesarios para pagar abogados, tasas judiciales, viáticos y transportes a las capitales de provincia, etc.

Este proyecto desconoce que el acceso a la justicia está reconocido como una norma *ius cogens* en el derecho internacional (Corte IDH, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, párr. 131). Asimismo, concreta el artículo 25.1 de la Convención Americana de derechos Humanos (CADH):

Artículo 25. Protección Judicial

1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consonancia con el artículo 2 de la CADH, ha establecido la obligación de remover obstáculos que impiden el acceso a la justicia de la población con escasos recursos:

"Esta disposición de la Convención [8.1] consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de

que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención" (Corte IDH, Caso Cantos, párr. 50).

Ante esta situación, la Comisión interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recomienda:

> *"Crear instancias y recursos judiciales idóneos y efectivos en zonas rurales, marginadas y en desventaja económica, con el objeto de garantizar que todas las mujeres tengan un acceso pleno a una tutela judicial efectiva ante actos de violencia.* ***Incrementar el número de abogados de oficio disponibles para mujeres víctimas de violencia y discriminación****..." (CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, Recomendaciones Específicas) (Resaltado nuestro*).

La CIDH reconoce, entonces, que el Estado no puede mantenerse neutral e indiferente ante el problema de la falta de acceso a la justicia de la población rural. Sobre él pesa una gran responsabilidad, que emana de sus compromisos asumidos frente a la comunidad internacional en materia de protección de derechos humanos, luego de firmar y ratificar los instrumentos de protección internacional de los derechos fundamentales. En efecto, como la misma CIDH lo ha reconocido, "al considerar que estos grupos se ven particularmente afectados por la pobreza, la CIDH **remarcó la obligación estatal de proveer la prestación de servicios legales gratuitos orientados a facilitar su acceso a instancias judiciales de protección** y a una mayor difusión de información sobre recursos dentro del sistema de justicia y sobre sus derechos" (CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, párrafo 215) (Resaltado nuestro).

Todo ello hace que la CIDH comience a hablar de "**situaciones de exclusión sistemática del acceso a la justicia**". Ella ha comenzado a destacar "**la situación de ciertos sectores sociales que atraviesan procesos estructurales de desigualdad y exclusión, y se ven, consecuentemente, imposibilitados de acceder a la justicia**". Violaciones sistemáticas y estructurales, supone hablar ya no de casos aislados y eventuales sino de un patrón de violencia contra la

mujer, que por cierto compromete la responsabilidad del Estado. Esta realidad no es nueva, ya fue planteada anteriormente y de manera muy precisa y clara en relación la mujer (CIDH, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 81) (Resaltado nuestro).

Finalmente, la CIDH ha determinado que "ciertas acciones judiciales requieren necesariamente de asistencia jurídica gratuita para su interposición y seguimiento". Así, "la Comisión Interamericana ha entendido que la complejidad técnica de las acciones constitucionales, establece la obligación de proporcionar asistencia legal gratuita para su efectiva promoción". En relación con las barreras económicas y geográficas, "el SIDH ha establecido que los costos del proceso --sea éste judicial o administrativo-- y la localización de los tribunales son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales" (CIDH, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 91 y sgts.).

No solo el derecho de acceso a la justicia fundamenta la defensa legal de la población con mayor vulnerabilidad en sus derechos en procesos constitucionales. Esta medida concreta también el artículo 44 de la Constitución, que establece el rol del Estado como garante de los derechos de los pueblos indígenas, el cual debe ser interpretado de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, el reconocimiento de que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En palabras del TC, existe un "deber especial de protección de los derechos fundamentales". Efectivamente, en la STC N.º 0858-2003-AA/TC, este precisa:

> *"Debido al influjo de diversas teorías que han servido de base al constitucionalismo, y muy significativamente de las doctrinas pactistas, desde sus orígenes, el Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues, en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con*

los derechos fundamentales, un "deber especial de protección" (STC N.º 0858-2003-AA, f. j. 5 y 7).

La decisión de privar de defensa legal de los pueblos indígenas viola e incumple la obligación de protección especial de los derechos de los pueblos indígenas. Para la Corte IDH, "en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres" (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, párr. 63). En este caso, se toma en cuenta las diferencias económicas.

La medida de proporcionar abogados también concreta la obligación del Estado de promover sectores excluidos, y de crear las condiciones y satisfacer las necesidades mínimas de la población, en el marco de la cláusula constitucional del Estado Social, reconocidas en los artículos 43 y 59 de la Constitución.

En definitiva, existe una obligación del Estado de tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales al momento de impartir justicia a miembros de pueblos indígenas. Esto se concretaría en la obligación de proporcionar abogados y servicio legal, como el que proporcionan las ONG, lo cual permite tomar en cuenta las diferencias económicas y sociales y guarda estrecha relación con el Estado social de derecho.

5. Artículo 21.c.2 de la Ley APCI, modificado por la autógrafa, viola el derecho a la igualdad y a la no discriminación

El proyecto priva a la población de escasos recursos de una defensa legal técnica, pues no pueden pagar los servicios legales de un estudio privado, pero no se priva de la defensa legal al Estado y a las empresas extractivas mineras y petroleras, con la cuales la población de escasos recursos litiga.

En tal sentido, se viola el derecho a la igualdad y a la no discriminación, reconocido en el artículo 2.2 de la Constitución, y se afecta la regla de igualdad de armas. En efecto, se viola el derecho a la igualdad no solo cuando se trata diferente a los que están en una condición similar, sino cuando se trata igual a aquellos que están en una situación diferente. En este caso, muchas comunidades campesinas y nativas no pueden pagar estudios de

abogados, con lo cual no pueden acceder a la justicia en igualdad de condiciones que una empresa minera o petrolera, y ni pueden proteger su derecho cuando litigan contra el Estado, que sí tiene un sistema de procuradores.

En el caso de los pueblos indígenas y de la población con vulnerabilidad, esta autógrafa genera una discriminación por razón económica, pues lo que busca es privarles de defensa legal.

6. Artículo 1 de la Ley APCI, modificado por la autógrafa, viola el derecho a la asociación cuando se impone que el trabajo de la ONG se oriente al desarrollo nacional

El artículo 1 de la autógrafa, al establecer que los proyectos de las ONG deben ejecutarse en el "marco" del desarrollo nacional y de la política exterior del Gobierno, viola el derecho a la asociación, reconocido en el artículo 2.13 de la Constitución, pues impone y direcciona la finalidad de la ONG, desconociendo que la Constitución ha establecido que toda persona tiene derecho a "asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley".

> *"Artículo 1.- Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional-APCI*
> *Créase la Agencia Peruana de Cooperación Internacional -APCI, como un organismo público ejecutor. Está adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores. Goza de autonomía técnica, económica, presupuesta y administrativa. Está a cargo de ejecutar la Política Nacional de Cooperación Técnica Internacional (PNCTI), componente de la Política Exterior del Estado,* ***orientada a captar en el exterior recursos para el desarrollo nacional****, así como proyectar la oferta peruana de cooperación técnica internacional,* ***en el marco de las prioridades de desarrollo nacional y de la política exterior****" (Resaltado nuestro).*

Este criterio resulta sumamente arbitrario, pues nos preguntamos quién define qué es desarrollo nacional y quién decide cuándo un proyecto se opone al desarrollo nacional. La pregunta es qué entendemos por "desarrollo nacional". Quién define cuándo un proyecto se ajusta y es compatible con el desarrollo nacional. ¿Oponerse a un proyecto extractivo o

de infraestructura por violar derechos de pueblos indígenas o contaminar es ir contra el desarrollo nacional?

Antes de esta ley, las ONG no tenían obligación de inscribirse en el registro de APCI. Con esta ley, toda ONG que reciba fondos privados debe hacerlo; si no, puede ser sancionada y, en los hechos, cerrada. La pregunta es si el Estado puede direccionar los proyectos de las ONG. Qué pasará cuando las ONG y los pueblos indígenas se opongan a la explotación de un lote petrolero cuando se superpone a un área natural protegida. Qué pasará cuando una ONG o pueblos indígenas se opongan a una carretera que se superpone a los territorios de una reserva de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. Qué pasará cuando los pueblos indígenas se opongan al Oleoducto Norperuano por los contantes derrames. ¿Oponerse a la ejecución de un proyecto extractivo o de infraestructura por no haberse consultado es oponerse al desarrollo nacional? Es evidente que APCI podría no aprobar estos proyectos con el argumento de que se oponen el desarrollo nacional.

Sobre esto se ha pronunciado precisamente el TC. Según este, se viola este derecho, pues se está imponiendo a la ONG una finalidad distinta a la establecida por los miembros de la asociación. Esto es contrario a lo establecido por la jurisprudencia vinculante del TC, cuando precisa que "la delimitación de los fines de una asociación, *prima facie*, no está sujeta a la discrecionalidad del Estado, sino a la consideración de sus miembros, siempre y cuando su objeto no afecte los principios y valores constitucionales" (STC N.º 00009-2007-AI%2000010-2007-AI, acumulados f. j. 92).

El Estado no puede imponer el desarrollo nacional o la política exterior del Estado como finalidad de las ONG. Ello desconoce que el TC sostiene sobre el derecho a la asociación lo siguiente:

> *"Es un atributo que puede ser concebido como aquel derecho por el cual toda persona puede integrarse con otras, libremente y de modo permanente, en función de determinados objetivos o finalidades (de carácter político, económico, religioso, gremial, deportivo o de cualquier otra índole), las mismas que, aunque pueden ser de diversa orientación tienen como necesario correlato su conformidad con la*

ley" (STC N.º 00009-2007-AI-2000010-2007-AI, acumulados f. j. 87) (Resaltado nuestro).

Añade el TC que el derecho de asociación, pues, se erige como "una manifestación de la libertad personal dentro de la vida de coexistencia, a efectos de que las personas se unan para realizar una meta común. [...] En consecuencia, se reconoce que este derecho se sustenta en principios como el de autonomía de la voluntad, el de autoorganización y en el principio de fin altruista". (STC No 00009-2007-AI%2000010-2007-AI, acumulados f. j. 88).

7. Artículos 3, 4 y 21 de la Ley APCI, modificados por la autógrafa, viola el derecho a la asociación y la libertad de expresión cuando se obliga a las ONG a inscribirse en APCI y a contar con una autorización previa bajo apercibimiento de ser sancionado por infracción grave de no hacerlo

Se viola el derecho a la asociación, en primer lugar, cuando se obliga a las ONG a inscribirse en el registro del APCI, incluso a pesar que no se benefician de las exoneraciones tributarias.

"Artículo 3.- Objeto
3.1 [...]
Para fines de transparencia, las entidades señaladas en el párrafo precedente tienen la obligación de inscribir en un registro que conduce la APCI, de carácter público e informativo, los proyectos, programas o actividades, así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación técnica internacional. La misma obligación de inscripción la tienen las entidades que gestionan cooperación técnica internacional sin la participación de los organismos del Estado, hagan uso o no de algún privilegio, beneficio tributario, exoneración, utilicen alguna forma de recursos estatales nacionales o extranjeros, o de fuente cooperante originaria de un organismo bilateral o multilateral del que el Estado es parte" (Resaltado nuestro).

Esta regla va contra lo establecido por el TC, cuando expresamente ha dicho que solo tienen obligación de inscribirse los que se benefician de los privilegios patrimoniales:

> *"No existe obligación alguna de inscribirse para aquellas entidades que han renunciado a los privilegios patrimoniales propios del régimen de la CTI; en consecuencia, la no inscripción ni la falta de renovación del registro no produce ninguna consecuencia ni da lugar a ninguna sanción, porque al vencer tal registro, los beneficios se extinguirían también, y por tanto, la entidad de que se trate quedaría inmediatamente excluida del régimen de control" (STC N.º 00009-2007-AI y 00010-2007-AI, f. j. 108) (Resaltado nuestro).*

Se viola también este derecho cuando establece la función de aprobar "previamente" los planes, proyectos y actividades de las ONG.

> *"Artículo 4.- La APCI tiene las siguientes funciones*
> *[…]*
> *"u) Dar conformidad previa a la ejecución de los planes, programas, proyectos o actividades registradas por los organismos que ejecutan la cooperación técnica internacional; así como a los contratos, actos jurídicos o administrativos que celebran con el Estado" (Resaltado nuestro).*

Esta norma debe ser interpretada de conformidad con el artículo 21 de la misma autógrafa. Según esta, en caso de no obtener esta aprobación previa, se incurrirá en la infracción grave:

> *"Artículo 21.- Determinación de las infracciones*
> *Constituyen infracciones que comenten las entidades que gestionan cooperación técnica internacional las siguientes:*
> *[…]*
> *b. Infracciones Graves*
> *[…]*
> *4. Ejecutar los recursos de la Cooperación Técnica Internacional sin la conformidad previa de la APCI" (Resaltado nuestro).*

Esto viola el derecho a la asociación, reconocido en el artículo 2.13 de la Constitución, que establece el derecho a "asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley" (Resaltado nuestro).

Pero, además, el propio TC se ha pronunciado contra la obligación de las ONG de inscribirse en la APCI como condición para su funcionamiento. Para

el TC, basta únicamente la obtención de la personalidad jurídica para perseguir los fines lícitos que motivaron la asociación.

> *"En consecuencia, no se ven afectadas en su respectivo ámbito de actuación aquellas entidades no registradas, pero sí sujetas al régimen civil correspondiente. Con esta interpretación se deja a salvo el mandato del artículo 2º inciso 13) de la Constitución, en cuanto señala que el ejercicio del derecho de asociación no está condicionado a la obtención de una "autorización previa"; resultando únicamente necesaria la obtención de la personalidad jurídica para perseguir los fines lícitos que motivaron la asociación" (STC N.º 00009-2007-AI%2000010-2007-AI, acumulados f. j. 95) (Resaltado nuestro).*

Pero, además, este proyecto implica una amenaza grave contra el trabajo del periodismo independiente y alternativo, que tendrá que pedir previa autorización a la APCI de sus planes de trabajo para desarrollarlo. Así, APCI deberá autorizar el trabajo de las plataformas como Ojo Público, IDL-Reporteros, Convoca, Epicentro, etc., que a través de la figura de una asociación civil vienen funcionando como una ONG. Esto es preocupante si tenemos en cuenta que no pedir ese permiso previo es un supuesto de infracción grave.

8. Artículo 22 de la Ley APCI, modificado por la autógrafa, viola el derecho a la asociación cuando "materialmente" cancela el funcionamiento de una ONG

El artículo 22, al establecer una multa de hasta 500 UIT, es decir de 2,675,000 soles (S/ 5,350 cada UIT) o la cancelación de registros públicos como sanciones, viola el derecho a la asociación reconocido en el artículo 2.13 de la Constitución, pues en los hechos cancela y liquida a cualquier ONG. Ello resulta incompatible con lo establecido por este precepto constitucional, que precisa que "no pueden ser disueltas por resolución administrativa". Si bien formalmente no disuelven a las ONG, la imposición de una multa por 2 millones de soles o la cancelación del registro en APCI, "en los hechos", tiene el mismo efecto: liquidar las ONG y su personería jurídica.

> *"Artículo 22.- Sanciones*
> *La APCI impone, según la gravedad de la infracción cometida, las sanciones siguientes:*

a) Amonestación por escrito.

b) Multa de hasta quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) de acuerdo con la escala y metodología de multas y sanciones, aprobadas por la APCI.

c) Suspensión temporal de los beneficios que otorga la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley, hasta que se repare la omisión o se cumpla debidamente con la norma infraccionada.

d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley, en los supuestos de reincidencia de faltas muy graves; sin perjuicio de la disolución de la persona jurídica por decisión judicial" (Resaltado nuestro).

El TC ha reconocido que la cancelación de los registros en APCI tiene como consecuencia "en la práctica" la disolución de la personería jurídica:

"Respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales comprometidos y, en concreto, el derecho de asociación, consagrado en el artículo 2º inciso 13 de la Constitución: "A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.". Para este Colegiado no resulta constitucionalmente válido que a través de esta norma legal se habilite a que una resolución administrativa de la APCI tenga como consecuencia en la práctica la disolución de la persona jurídica de las entidades de ejecución de CTI, yendo en contra de la parte final del texto expreso de la Constitución.

Por cuanto, esta sería una nueva forma de disolución de una entidad asociativa, distinta a las previstas en el Código Civil peruano, a saber, de pleno derecho y por decisión judicial. A ello se agrega la constatación fáctica que las fuentes cooperantes extranjeras se negarían a brindar nuevo financiamiento a aquellas ONGD sancionadas con la cancelación, marcando con ello la extinción de su actividad; para lo cual debería requerirse un proceso judicial y no una resolución administrativa.

En consecuencia, tampoco se derivaría la consecuencia prevista en el párrafo siguiente de dicha disposición, en cuanto señala "El directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad

*a quien se le ha cancelado la inscripción en los Registros aludidos, **no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco (5) años**". Lo cual es una consecuencia, que se deriva de la declaración de inconstitucionalidad del inciso d) del artículo 22º referido" (STC N.º 00009-2007-AI%2000010-2007-AI, acumulados f.j. 116) (Resaltado nuestro).*

9. Artículo 22 de la Ley APCI, modificado por la autógrafa, viola el principio de razonabilidad y proporcionalidad como contenido del debido proceso en su faz sustantiva cuando impone una multa de hasta 500 UIT

El artículo 22, al establecer una multa de hasta 500 UIT a las ONG por la comisión de infracciones, viola el principio de razonabilidad y de proporcionalidad. El TC ha establecido la necesidad que las sanciones a las ONG sean razonables:

> *"Al analizar cada extremo del artículo 22º de la Ley Nº 27692, que determina las sanciones que la APCI **puede imponer según la gravedad de la infracción cometida, este Colegiado debe observar la razonabilidad de las mismas en su aplicación**, que es un criterio propio para ejercer la potestad sancionadora, referido en los fundamentos precedentes" (STC N.º 00009-2007-AI y 00010-2007-AI, acumulados f. j. 114) (Resaltado nuestro).*

Adviértase que los principios de razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad son parte del contenido constitucional del derecho al debido proceso en su faz sustantiva, aplicable cada vez que el Estado adopte decisiones materialmente sancionatorias que incidan en la esfera de los derechos fundamentales. En tal sentido, consideramos que esta multa resulta incompatible con el principio de interdicción de la arbitrariedad y constituye una decisión irrazonable.

El TC ha reconocido una dimensión formal o procedimental y una dimensión material y sustantiva[1] del derecho del debido proceso y de la tutela judicial.

[1] Ver: "Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa,

Parte del contenido de la dimensión material y sustantiva es precisamente el juicio de razonabilidad, el juicio de proporcionalidad, la interdicción de la arbitrariedad, etc. En este caso, se afecta esta faz sustantiva del debido proceso, pues se afecta los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión debe suponer.

Parte del contenido del principio de interdicción de la arbitrariedad es la consistencia y la coherencia entre los medios y los fines, y la consistencia entre los argumentos y las medidas adoptadas. En palabras del TC, entre las razones de una decisión y la decisión misma debe haber necesariamente una "consistencia lógica y coherencia"[2].

Asimismo, para el TC, se afecta el principio de razonabilidad cuando no hay esa coherencia entre medios y fines. Según este, "el acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Existe, entonces, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquél" (STC N.º 00090-2004-AA, f. j. 35).

En este caso, se pretende imponer una multa de cerca de 3 millones de soles para infracciones cometidas por las ONG. Esto no tiene sentido, porque ninguna ONG podrá pagarlas y luego seguir trabajando y funcionando. Una multa como esta implica la liquidación y la desaparición de una ONG. No hay coherencia ni consistencia entre medios y fines. Queda claro que no se pretende la fiscalización de las ONG, sino la desaparición de estas.

En casos como este, cuando no hay esa relación de coherencia entre medios y fines, el rol del TC y de la justicia constitucional es analizar precisamente esta inconsistencia. En palabras del TC:

---

motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). (STC No 3075-2006-PA/TC, f.j. 4)

[2] Ver: "En buena cuenta, la discrecionalidad queda sujeta a las siguientes limitaciones: a) en los casos de los grados de discrecionalidad mayor la intervención jurisdiccional se orienta a corroborar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la forma de manifestación jurídica constitucional o legal de dicha prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de las formalidades procesales; b) en los casos de los grados de discrecionalidad intermedia y menor aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad. Es por ello que la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte. Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. **Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia.** En ese contexto, **al Tribunal Constitucional le corresponde verificar que existan dichas razones, que éstas no contradigan los hechos determinantes de la realidad y que tengan consistencia lógica y coherente con los objetivos del acto discrecional**". (STC No 00090-2004-AA, f.j. 15).

*"Es por ello que este Colegiado concluye en que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una **exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos**, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad" (STC N.º 00090-2004-AA, f. j. 36) (Resaltado nuestro).*

10. Artículos 21.c.2 y 21.c.4 de la Ley APCI, modificados por la autógrafa viola el derecho a la participación en asuntos públicos, el derecho a la liberta de reunión y el derecho a la libertad de expresión

El artículo 21.c.2 y el artículo 21.c.4 de la Ley APCI violan el derecho a la participación consagrado en el artículo 2.17 de la Constitución, que reconoce el derecho de toda persona "a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación", pues establece como infracción muy grave litigar judicialmente o impulsar procesos de incidencia política contra el Estado.

"Artículo 21.- Determinación de las infracciones Constituyen infracciones que comenten las entidades que gestionan cooperación técnica internacional las siguientes:

[...]

c. Infracciones muy graves

[...]

*2.- Hacer uso indebido de los recursos y donaciones de la cooperación técnica internacional o aplicar los mismos a fines distintos para los cuales fueron previstos. **Entre otros, constituye uso indebido, utilizar los citados recursos para asesorar, asistir o financiar, de cualquier forma, o modalidad, acciones administrativas, judiciales o de otra naturaleza, en instancias nacionales o internacionales, contra el Estado Peruano".** (Resaltado nuestro)*

[...]

4. Destinar recursos de la cooperación técnica internacional o donaciones hacia actividades que hayan sido declaradas administrativa o judicialmente como actos que afecten el orden público, la seguridad ciudadana, la defensa nacional, e! orden interno o perjudiquen la propiedad pública o privada. Entre otros, constituye una afectación al orden público, el financiamiento de actividades electorales en contravención al ordenamiento jurídico electoral y a la Ley de Partidos Políticos. No constituye infracción la expresión de opiniones técnicas ante organismos públicos conforme a la normativa de la materia".

Asimismo, estas normas resultan incompatibles con el derecho a la protesta, que no es otra cosa que cuestionar y criticar determinadas políticas y decisiones o ausencia de estas por parte del Estado. De acuerdo con la CIDH:

> *"El derecho a la libre manifestación y a la protesta pacífica son elementos esenciales del funcionamiento y la existencia misma del sistema democrático, así como un canal que permite a las personas y a distintos grupos de la sociedad expresar sus demandas, disentir y reclamar respecto al gobierno, a su situación particular, así como por el acceso y cumplimiento a los derechos políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*" (*CIDH, Informe temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulado "Protesta y Derechos Humanos", párrafo 330) (Resaltado nuestro).*

La mejor definición del derecho a la protesta, en nuestra opinión, la encontramos en el voto singular de los magistrados María Elena Ledesma y Carlos Ramos en la demanda de inconstitucionalidad contra el delito de extorsión. En aquella oportunidad, se precisó que:

> *"Este derecho comprende la facultad de cuestionar, de manera temporal o periódica, esporádica o continua, a través del espacio público o a través de medios de difusión (materiales, eléctricos, electrónicos, virtuales y/o tecnológicos), de manera individual o colectiva, los hechos, situaciones, disposiciones o medidas (incluso normativas) por razones de tipo político, económico, social, laboral, ambiental, cultural, ideológico o de cualquier otra índole, que establezcan los poderes públicos o privados, con el objeto de obtener*

un cambio del status quo a nivel local, regional, nacional, internacional o global, siempre que ello se realice sobre la base de un fin legítimo según el orden público constitucional, y que en el ejercicio de la protesta se respete la legalidad que sea conforme con la Constitución" (STC N.º 00009-2018-AI, f. j. 48, voto de Maria Elena Ledesma y Carlos Ramos) (Resaltado nuestro).

De otro lado, según el Relator de las Naciones Unidas para la libertad de reunión, se entiende por "reunión" la congregación intencional y temporal de personas en un espacio privado o público con un propósito concreto. Esto implica que esta definición abarca "manifestaciones, asambleas en el interior de locales, huelgas, procesiones, concentraciones, e incluso sentadas[3].

La autógrafa aprobada desconoce que este derecho a la protesta implica un conjunto de obligaciones por parte del Estado y por parte del gobierno en relación con los que protestan. En este caso se sanciona el ejercicio del derecho a la protesta. En tal sentido, los diferentes funcionarios de las fuerzas del orden como los operadores del sistema de justicia, están en la obligación de respetar el derecho a la protesta. En palabras de la CIDH:

"Es esencial que en todos los niveles y agencias los Estados respeten y garanticen que nadie será criminalizado por ejercer los derechos a la libertad de expresión, reunión y asociación en el contexto de manifestaciones y protestas; así como tampoco será objeto de amenazas, hostigamiento, violencia, persecución o represalias por participar en protestas" (ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación de la ONU, A/hrc/20/27, 2012, párr. 24).

El TC se ha pronunciado contra los intentos de utilizar conceptos como "orden público" para restringir el ejercicio de la libertad de asociación por parte de las ONG. En principio, señala que "la referencia al orden público, no corresponde a la de un concepto jurídico elástico carente de contenido que permita justificar cualquier despropósito. El principio de orden público, tiene un doble contenido". (STC N.º 00009-2007-AI y 00010-2007-AI, acumulados f. j. 110).

[3] ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación de la ONU, A/hrc/20/27, 2012, párr. 24.

Deberá entenderse por orden público:

> *"[El] conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. De esta forma, el orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad" (STC N.º 00009-2007-AI y 00010-2007-AI, acumulados f. j. 111) (Resaltado nuestro).*

Añade el TC:

> *"Segundo, también hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que da lugar a que ningún derecho constitucional o situación subjetiva de origen legal o infralegal, pueda ser apreciado como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 43º de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido de todo derecho fundamental (como los comprometidos en el presente caso, v.gr. asociación, igualdad, vida privada, entre otros), actuando sobre ellos, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún derecho fundamental puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona (natural o jurídica) una actuación privada, siempre que no se afecte el contenido esencial de otros derechos fundamentales, así como se tenga por objeto concederles debida protección" (STC N.º 00009-2007-AI y 00010-2007-AI, acumulados f. j. 112) (Resaltado nuestro).*

Es claro que se afecta el orden público cuando se afectan derechos fundamentales. Por eso, para el TC:

> *"Los supuestos de su vulneración deberán ser determinados casuísticamente con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y*

en estricto respeto del principio de legalidad del Derecho administrativo sancionador consagrado en el artículo 2º inciso 24, literal d) de la Constitución, con el siguiente tenor: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley", y desarrollado por la jurisprudencia de este Colegiado". (STC N.º 00009-2007-AI y 00010-2007-AI, acumulados f. j. 113).

11. Artículo 21.c.2, modificado por la autógrafa, viola el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la medida en que afectará el derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas en el Perú

El artículo 21.c.2 de la ley APCI al no haberse consultada previamente con los pueblos indígenas en el Perú, viola el derecho a la consulta previa y al consentimiento, consagrado en el artículo 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, desarrollado en la Ley 29785 y en la STC N.º 00022-2009-PI. En efecto, esta autógrafa afectará el acceso a la justicia y la defensa judicial y política de los pueblos indígenas cuando se violen sus derechos y necesiten defensa legal, al establecer como un supuesto de infracción muy grave de las ONG litigar casos de violación de derechos contra el Estado.

> *"Artículo 21.- Determinación de las infracciones Constituyen infracciones que comenten las entidades que gestionan cooperación técnica internacional las siguientes:*
> *[...]*
> *c. Infracciones muy graves*
> *[...]*
> *2.- Hacer uso indebido de los recursos y donaciones de la cooperación técnica internacional o aplicar los mismos a fines distintos para los cuales fueron previstos. Entre otros, constituye uso indebido, utilizar los citados recursos para asesorar, asistir o financiar, de cualquier forma, o modalidad, acciones administrativas, judiciales o de otra naturaleza, en instancias nacionales o internacionales, contra el Estado Peruano".* (Resaltado nuestro)

El TC es muy claro cuando ha establecido en jurisprudencia vinculante que las normas generales deben ser consultadas cuando afectan directamente a los pueblos indígenas.

> "*En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente.* ***Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas****. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requieran establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta" (STC N.º 00022-2009-PI, f. j. 21) (Resaltado nuestro).*

En este caso, si bien estamos ante una norma que está dirigida a las ONG, también afecta a los pueblos indígenas, pues las ONG no podrán litigar casos en defensa de ellos. Es más, el absurdo es tal que organizaciones indígenas que estén inscritas como asociaciones civiles, como es el caso de AIDESEP y otras federaciones, no podrán asumir la defensa legal de sí mismas en caso de que reciban fondos privados de la cooperación internacional.

12. Conclusiones

- Se debe aplaudir, respaldar y saludar toda iniciativa destinada a la fiscalización de las ONG y todo aquello que signifique la transparencia y la fiscalización de las ONG por parte del Estado.
- No obstante, se olvida que las ONG son fiscalizadas por diferentes entes. Nos fiscalizan las propias financieras que nos otorgan los fondos, venga de fondos privados o públicos. Ellos mismos contratan auditorías para asegurarse de que estamos haciendo un buen uso de sus recursos. Nos fiscaliza la Superintendencia de Banca y Seguros para prevenir lavados de activos, nos fiscaliza SUNAFIL del Ministerio de Trabajo, nos fiscaliza APCI, nos fiscaliza Defensa Civil, nos fiscaliza

SUNAT, nos fiscaliza la Municipalidad de San Isidro, nos fiscaliza la prensa y hasta el Ministerio Público, como viene ocurriendo con IDL.

- Queda claro que la autógrafa no busca la fiscalización de las ONG. La verdadera razón del Congreso para impulsar una ley contra las ONG es otra. Es porque somos incómodos al poder político y a la mafia que nos gobierna. Esta norma solo busca acabar con las ONG que los fiscalizan.
- Como podemos advertir, la autógrafa aprobada por el Congreso viola y amenaza diversos derechos fundamentales contenidos en la Constitución. De conformidad con el último párrafo del artículo 31 de la Constitución y del artículo 10.1 de la Ley 27444, los derechos fundamentales son criterios de validez de todo acto administrativo o normativo, y en tal sentido, son sancionados con la nulidad por el ordenamiento jurídico.
- Por todo ello, consideramos que la presidenta, Dina Boluarte, debería observar la autógrafa y devolverla al Congreso para una consideración, a efectos de que sea revisada y adecuada al ordenamiento jurídico, y sobre todo que sea debatida con las ONG y con la sociedad civil.

Sobre el autor:

Juan Carlos Ruiz Molleda es abogado y Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Actualmente, coordina el área de Justicia Constitucional y Pueblos Indígenas del Instituto de Defensa Legal (IDL), en la que lidera estrategias jurídicas en defensa de derechos fundamentales y colectivos. Ha trabajado extensamente en la promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas, con énfasis en procesos constitucionales de temas de interés público, como grupos vulnerables y medio ambiente.

Instituto de Defensa Legal
Lima, Perú
comunicacioninstitucional@idl.org.pe

@ideele
@institutodedefensalegal
@ideele